

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La pratique judiciaire dans le cadre des contentieux civils à propos de l'éducation et de l'hébergement de l'enfant bénéficie-t-elle aux forts ou aux faibles ?

Mallien, Michael

Published in:

L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fiernens

Publication date:

2020

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mallien, M 2020, La pratique judiciaire dans le cadre des contentieux civils à propos de l'éducation et de l'hébergement de l'enfant bénéficie-t-elle aux forts ou aux faibles ? Dans G Mathieu, N Colette-Basecqz, S Wattier & M Nihoul (eds), *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fiernens*. Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, Larcier , Bruxelles, p. 189-198.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La pratique judiciaire dans le cadre des contentieux civils à propos de l'éducation et de l'hébergement de l'enfant bénéficie-t-elle aux forts ou aux faibles ?

Michaël MALLIEN

Chargé de cours invité à l'UNamur et à l'UAntwerpen

Maître de conférences à l'ULB

Collaborateur scientifique au CeFAP-UCLouvain

Professeur à l'EPHEC

Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

La question même de la priorité laissée au « faible » – si l'on peut qualifier l'enfant comme tel – dans les litiges civils entre des adultes qui le concernent, peut apparaître saugrenue, voire iconoclaste. N'est-il pas évident que le juge, appelé à arbitrer un contentieux civil à propos de l'hébergement et de l'éducation d'un enfant, ne peut être guidé que par l'intérêt – dit « supérieur »¹ – de celui-ci ? Divers textes internationaux, dont notamment l'article 3.1 de la Convention onusienne des droits de l'enfant du 20 novembre 1989² (CIDE), une jurisprudence certaine et constante de la Cour européenne des droits de l'homme³, ainsi que l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution⁴, érigent l'intérêt de l'enfant en critère principal d'appréciation. Ce même intérêt constitue par ailleurs le « fil rouge » de

¹ M. SWENNEN, rapport fait au nom de la Commission de la justice de la Chambre, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 48-1430/4, p. 8 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 361, n° 14.

² « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

³ Cour eur. D.H., 27 juin 2006, *Reslova c. République tchèque*, www.echr.coe.int ; Cour eur. D.H. (Gde ch.), 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, nos 49-56 et 135, www.echr.coe.int ; Cour eur. D.H., 29 avril 2014, *ZJ c. Lituanie*, n° 98, www.echr.coe.int (disponible uniquement en anglais).

⁴ « Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale ».

l'institution même de l'autorité parentale dont l'exercice avait été repensé par la loi du 12 avril 1995⁵. De même, y a-t-il encore à s'inquiéter d'un risque de discrimination entre un parent « fort » et un parent « faible », à l'heure de l'égalité entre les père et mère et de la coparentalité, garanties notamment par l'exercice conjoint de l'autorité parentale et, depuis la loi du 18 juillet 2006, par la priorité donnée à l'hébergement égalitaire ?

L'amorce d'une telle réflexion suppose tout d'abord l'existence d'un « fort » et d'un « faible ». En effet, comme l'écrit Jacques Fierens à propos de la pauvreté, « Robinson n'est ni riche, ni pauvre, jusqu'à ce qu'il rencontre Vendredi. La pauvreté est une *relation sociale*, et c'est à ce titre qu'elle intéresse le juriste »⁶. Force est de constater que les litiges civils entre adultes à propos de l'éducation et de l'hébergement de l'enfant, mettent en relation (voire en juxtaposition) trois (groupes d')individus : l'enfant, les parents en litige et le juge. Qui est le « faible » dans cette trilogie ? L'enfant sans doute, mais peut-être aussi le parent le moins aisé, le moins habile à s'exprimer ou qui adhère à des conceptions plus éloignées de celles du juge ou de la majorité des concitoyens. Nous aurions pu nous centrer sur l'un ou sur l'autre, mais nous avons privilégié une réflexion plus globale – et donc plus superficielle – sur la question de la place du faible dans les contentieux parentaux à propos de l'enfant.

Ces contentieux en matière d'hébergement de leurs enfants, portés devant le tribunal de la famille compétent⁷, sont particulièrement fréquents. Plus rarement, mais sans que cela ne soit exceptionnel, ils n'arrivent pas non plus à s'entendre sur un choix éducatif important, comme celui de l'école ou de la religion, qu'ils sont pourtant appelés à poser ensemble dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Ils en saisissent alors cette même juridiction⁸.

⁵ J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *op. cit.*, n° 14, citant notamment les travaux parlementaires. La Cour de cassation avait déjà considéré en 1931 que les droits des parents étaient des droits-fonction, dont le fondement n'était autre que l'intérêt de l'enfant (Cass., 10 décembre 1931, *Pas.*, 1932, I, p. 4, cité également par D. LYBAERT, « Het co-ouderschap », *T.P.R.*, 1994, p. 2048).

⁶ J. FIERENS, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruxelles, Bruylant, 1993, n° 3 – nous mettons en évidence.

⁷ Art. 572bis C. jud. Pour la compétence territoriale, voy. *ibid.*, art. 629bis.

⁸ Dans ce cas, il leur est loisible de saisir ladite juridiction familiale dans le cadre d'une action *a priori* ou, si l'un d'entre eux s'est cru autorisé d'agir seul, sans l'accord de l'autre parent, par le biais d'un recours *a posteriori* – art. 374, § 1^{er}, al. 2 et 3 C. civ. À propos de ces actions, voy. M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016* (D. CARRÉ et al.), Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 377-379. Par exception, un des parents s'est vu confier par le

SECTION 1. – La prise en compte de la parole de l'enfant : un droit partiel à l'autodétermination du plus « faible » ?

Sans aborder ici les cas spécifiques où un véritable droit de décision a été reconnu au mineur par le législateur⁹, la prise en considération de l'opinion de l'enfant est prévue, dans une certaine mesure, par les articles 12 de la CIDE, 22bis de la Constitution ainsi que 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire. *A priori*, ces dispositions semblent offrir d'importantes garanties en ce sens, puisque l'expression et la prise en considération de l'opinion de l'enfant lui sont garanties comme un droit fondamental. En outre, dans le prescrit constitutionnel (et c'est là que réside une grande partie de sa valeur ajoutée par rapport au texte onusien), le droit d'*expression* n'est plus conditionné par une quelconque maturité ou un quelconque discernement¹⁰.

Pourtant, la position du mineur comme acteur essentiel de l'appréciation de son intérêt ne semble pas entièrement assurée. Tout d'abord, l'article 1004/1, paragraphe 4, du Code judiciaire permet au juge de refuser d'entendre l'enfant s'il l'a déjà été dans la même cause, ou dans une autre, et/ou si cette audition n'apportait rien aux débats. Or, cette dernière possibilité investit le juge (le « fort »), au détriment de l'enfant (le « faible »), du droit d'apprécier si la parole de celui-ci peut représenter une valeur ajoutée, avant même qu'il ait pu l'exprimer. Ensuite, les modalités de l'audition ont été uniformisées par la loi du 30 juillet 2013 instituant le tribunal de la famille et de la jeunesse en ce sens qu'il est désormais stipulé à l'article 1004/1 du Code judiciaire que les propos de l'enfant sont consignés dans le rapport, dressé par le juge et remis à la lecture des parents et de leurs conseils. Ce faisant, le législateur a donné priorité au principe du contradictoire, garanti aux parents (les « forts »), par rapport à la mise en place d'un espace où l'enfant pourrait s'exprimer en toute confidentialité

juge l'exercice exclusif de l'autorité parentale, l'autre parent peut saisir le Tribunal lorsqu'il estime un choix éducatif contraire à l'intérêt de l'enfant (*ibid.*, p. 380 et art. 374, § 1^{er}, al. 2 et 3, C. civ.).

⁹ Voy. art. 7 de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes (telle que modifiée par la loi du 3 juillet 2012), art. 12, § 1^{er}, de la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient et art. 3 de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie (telle que modifiée par la loi du 28 février 2014). Nous n'aborderons pas ces législations spécifiques dans le cadre limité de la présente contribution.

¹⁰ B. VAN KEIRSBLICK et T. MOREAU, « Une occasion manquée ! Ou quand la Cour constitutionnelle oublie d'appliquer la Constitution au préjudice des mineurs », *J.D.J.*, 2010, pp. 3 et s., spéc. p. 35, 1^{re} colonne.

et à l'écart de toute pression¹¹, même si la pratique démontre que de nombreux magistrats atténuent quelque peu l'application rigoureuse du prescrit légal en ne reprenant pas tout dans ledit rapport¹².

La fragilité de la position de l'enfant se situe surtout au niveau de la *prise en considération* de l'opinion qu'il exprime, celle-ci étant notamment conditionnée par un âge, une « maturité » et/ou un « discernement » suffisants¹³. La locution « prise en considération » nous semble, à défaut d'autres précisions, devoir être comprise dans son sens usuel, reformulé ainsi dans la langue de Shakespeare : « *being given a due weight* »¹⁴. Cela signifie, en d'autres termes, que l'opinion de l'enfant doit primer en l'absence de contrepoids suffisant, c'est-à-dire chaque fois qu'il n'existe pas d'éléments de nature à convaincre le juge que l'opinion de l'enfant se trouve en contradiction avec son intérêt (qui demeure bien évidemment le critère prioritaire, même par rapport à la volonté du mineur)¹⁵. Tel pourrait être le cas si la décision suggérée par l'enfant lui était en réalité néfaste (modalités d'hébergement inadaptées, type de scolarité ou choix d'étude inapproprié, *etc.*), si des circonstances spécifiques de l'espèce rendaient préjudiciable le suivi de ses *desiderata* (exacerbation d'un conflit de loyauté, responsabilisation outrancière de l'enfant quant à l'issue du litige, génération d'un sentiment de culpabilité envers le parent dont l'enfant ne partage pas les vues...) ou si, bien sûr, ils allaient à l'encontre d'autres droits fondamentaux du mineur (sécurité, instruction, présence des deux parents dans le processus éducatif...).

¹¹ Des pratiques existaient en ce sens avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 juillet 2013 (voy. M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des critères d'appréciation retenus par les juges*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 209). C'est pourquoi nous plaçons, avec d'autres, pour que l'enfant puisse bénéficier du choix d'être entendu par le juge ou par un expert désigné (qui ne serait éventuellement pas tenu de transmettre *expressis verbis* au juge tous les propos exprimés par l'enfant), voire par les deux (*ibid.*, pp. 858-859).

¹² Voy. à ce sujet les témoignages de magistrats recueillis et la doctrine recensée par L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, pp. 661-663.

¹³ Les termes « maturité » (retenu à l'art. 12.1 CIDE et 1004/1, § 6 *in fine*, C. jud.) et « discernement » (retenu à l'art. 22bis, al. 2, de la Constitution) ne constituent pas de parfaits synonymes, malgré l'intention sans doute contraire du Constituant de 2008. L'appréciation de la maturité et ou du discernement, et celle de la conformité de la volonté de l'enfant à son intérêt doivent être effectuées séparément par le juge à qui il incombe d'éviter de conclure à l'absence de discernement ou de maturité pour le seul motif que les vues de l'enfant divergent avec ses propres conceptions (éducatives) (M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 215, n° 227).

¹⁴ *Ibid.*, n° 228 et les références y mentionnées.

¹⁵ Pour une démonstration juridique du caractère prioritaire du critère de l'intérêt de l'enfant : *ibid.*, pp. 94-114.

La pratique judiciaire semble néanmoins loin d'être unanime quant à la reconnaissance d'un tel droit (partiel et subsidiaire) à l'autodétermination. L'étude menée par L. Jacobs révèle que de nombreux magistrats voient l'audition de l'enfant davantage comme un moyen d'investigation (voire, pour certains, comme un espace d'expression et même de recadrage) que comme le lieu d'exercice d'un tel droit¹⁶. Certains juges interrogés dans ladite étude déclarent que l'audition ne constitue généralement pas un élément central, bien que la plupart d'entre eux n'aperçoivent pas l'opportunité d'encre statuer à l'encontre de la volonté de grands adolescents¹⁷. La pratique démontre également que les juges demeurent divisés quant à la priorité à donner aux *desideratas* d'adolescents par rapport aux pratiques ou accords intervenus antérieurement entre les parents relativement aux points litigieux¹⁸. La priorité reconnue par quelques-uns aux pratiques et aux accords parentaux, semble témoigner d'une conception abstraite et dogmatique selon laquelle le pouvoir décisionnel continue d'appartenir aux seuls parents, et non pas à l'enfant, jusqu'à la majorité de celui-ci. Un tel point de vue nous semble susceptible de privilégier les adultes, donc les « forts », au détriment du « faible », tout à la différence de celui permettant au magistrat, après avoir apprécié l'intérêt supérieur de l'enfant *in concreto*, d'arriver à la conclusion que la priorité donnée à celui-ci nécessite, en l'espèce, que soit rendue une décision qui s'écarte de ladite opinion.

SECTION 2. – L'appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge, un facteur de discrimination entre un parent « fort » et un parent « faible » ?

Une deuxième question, liée au critère de l'intérêt de l'enfant, est celle de la potentielle discrimination qu'il pourrait générer entre le père et la mère. Certains auteurs, particulièrement critiques, n'ont pas hésité à qualifier le critère de l'intérêt de l'enfant comme « discriminatoire »,

¹⁶ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, pp. 676-677 et les interviews de magistrats, la jurisprudence et la doctrine y cités.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 678-679.

¹⁸ Pour une réflexion juridique sur la question de (l'absence de) prééminence des accords parentaux sur la volonté exprimée par l'enfant mature et doté de discernement, voy. M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », *op. cit.*, pp. 393-394, n° 417. *Adde* : opinions de magistrats recueillies in M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, nos 536 et 935-938.

« hypocrite », « ambigu », voire même tenant du « mythe »¹⁹. Certains parents pourraient-ils, par ce biais, se trouver en position de « faiblesse » face au juge ?

A) Balises strasbourgeoises

Confrontée, d'une certaine manière, à cette question, la Cour de Strasbourg a balisé la souveraine appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge, en condamnant, dans trois affaires relativement célèbres – *Hoffmann*, *Salgueiro Da Silva* et *Palau Martinez* –, les pays concernés. Leurs juges nationaux avaient en effet préféré ne pas confier les enfants au parent vivant selon les préceptes des Témoins de Jéhovah ou au parent partageant le gîte, le couvert et l'alcôve avec son partenaire du même sexe²⁰. Il n'était pas reproché auxdits juges nationaux d'avoir ignoré l'intérêt des enfants (que tous invoquaient, au contraire, abondamment dans la motivation de leurs jugements). Les griefs portaient sur une discrimination par les juridictions internes d'un parent dont le mode de vie ou dont les préceptes (religieux) d'éducation quotidienne ne correspondaient pas, *in abstracto*, à leur modèle ou à celui de la majorité des concitoyens, sans appréciation *in concreto* de l'impact éventuel qui aurait pu en découler pour les enfants concernés²¹. En d'autres termes, une définition trop générale et/ou trop abstraite de l'intérêt de l'enfant peut, aux yeux de la Cour de Strasbourg (qui dans les trois causes a conclu à la violation des articles 8 et 14 de la Convention), constituer un facteur de traitement inégal et injustifié à l'égard d'un des parents, certainement lorsque cette définition intègre des considérations relatives à la religion ou à l'orientation sexuelle.

¹⁹ E. DE KEZEL, « Het begrip "Het belang van het kind" », *R.W.*, 1988-1989, p. 1163, n° 5 ; D. PESSERS, « Vaderrechten, moederrechten, verzorgersrechten », *Nemesis*, 1987, 3^e année ; M. BOUVERNE-DE BIE, « De jeugdwelzijnsinterventie in het licht van het recht van kinderen op bijzondere bescherming en hulp », in *Rechten van Kinderen*, Anvers, Kluwer, 1989, pp. 183-199. Adde : D. GOUBAU, « L'objectivation des normes en droit familial : une mission possible », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 7, spéc. pp. 10-11 et les auteurs d'outre-Atlantique y cités ; M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., p. 120, n° 115 où les références reprises ici sont citées également.

²⁰ Cour eur. D.H., 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, *Rev. trim. D.H.*, 1994, p. 405 ; Cour eur. D.H., 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, www.echr.coe.int ; *A.J.T.*, 1999-2000, p. 696 ; *EJ*, 2000, 106 ; *R.W.*, 2001-2002, p. 1117 ; *J.J.P.*, 2002 (abrégé), liv. 5, p. 252 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 185 ; Cour eur. D.H., 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c. France*, *J.T.D.E.*, 2004, liv. 105, p. 25 ; pour une analyse plus approfondie de ces arrêts, voy. M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., n°s 120-131 et les références y citées.

²¹ Voy. F. TULKENS, « Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, liv. 3, p. 623.

B) Points d'attention

Ces balises étant posées, l'égalité entre « forts » et « faibles » est-elle pleinement assurée dans le cadre des contentieux parentaux relatifs à l'éducation et à l'hébergement de l'enfant ? Sans prétendre à la moindre exhaustivité, trois points au moins nous semblent devoir retenir l'attention.

Le premier concerne les *accords entre les parties* à propos de l'éducation et de l'hébergement de l'enfant conclus en amont du contentieux judiciaire. Largement stimulés dans la pratique, probablement dotés d'au moins une certaine force contraignante²², ces accords déterminent, dans de nombreux cas, à eux seuls la décision du juge. Bien souvent, celui-ci se reconnaît, avec humilité, moins outillé que les parents pour déterminer l'intérêt de leur enfant, qu'il ne connaît guère, et se fie donc à ce que ceux-ci avaient convenu, voire même simplement pratiqué, *in tempore non suspecto*. Ces accords et pratiques communes, qui offrent l'avantage d'éviter des débats, souvent stériles, centrés sur les aptitudes et conceptions éducatives des uns et des autres, constituent-ils le critère idéal lors des contentieux d'hébergement et d'éducation ? Certains auteurs se sont montrés dubitatifs, car ils craignent notamment qu'un parent plus « fort » puisse « arracher » un tel accord (conclu dans un contexte souvent ignoré par le juge) à un parent plus « faible », ou lui imposer une pratique commune, par exemple parce qu'il a gardé l'ascendant sur celui-ci. Ainsi, N. Massager s'inquiète de ce qu'un accord parental peut « dissimuler des manœuvres de chantage, d'intimidation ou tout simplement une manipulation – consciente ou non – d'un parent, fragilisé par la situation, sous l'emprise de l'autre parent, ou tout simplement mal informé de l'étendue de ses droits »²³. Tout en reconnaissant le « mérite incommensurable » que peut avoir l'accord d'éviter de longues et douloureuses procédures, cette auteure s'inquiète de leur entérinement par les juges « sur un mode administratif » alors qu'ils ignorent « un paramètre pourtant central [...] : la parole de l'enfant »²⁴. La place de l'accord parental dans la protection des plus « faibles » semble donc ambivalente, en ce qu'il protège l'enfant et le parent fragilisé de longues procédures, mais risque en même

²² J.-L. RENCHON, « Le règlement des responsabilités parentales après la rupture du couple non marié », in *Famille op maat – Famille sur mesure*, rapport congrès des notaires, Knokke-Heist, 22-23 septembre 2005, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 373 ; M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., n°s 255-260. Contra : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 726.

²³ N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010* (D. CARRÉ et al.), Bruxelles, Larcier, 2012, n° 496.

²⁴ *Ibid.*

temps d'assurer une place prépondérante aux souhaits, voire aux *diktats*, du parent plus « fort ». La mission dévolue au juge semble donc consister en une prise en considération certaine, mais parcimonieuse des pratiques et accords parentaux, tout en ayant systématiquement égard au contexte de leur genèse et en pondérant leur poids avec celui d'autres éléments (comme l'opinion de l'enfant).

Deuxièmement, il se pourrait que l'égalité entre un *parent plus nanti financièrement* et celui qui l'est moins soit, paradoxalement, mise à mal par le biais du critère de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, certains juges estiment essentiel que chaque enfant bénéficie, à partir d'un certain âge, d'une chambre individuelle et n'hésitent pas à en tenir compte lorsqu'ils déterminent les modalités d'hébergement²⁵. De même, la précarité d'un logement en caravane a parfois (mais pas toujours) mené le tribunal à supprimer tout droit d'hébergement secondaire chez le parent concerné²⁶. Nombreux sont aussi les juges qui n'hésitent pas à « raccourcir » la période d'hébergement chez un parent afin de permettre à l'autre parent, qui peut se le permettre financièrement, d'offrir un voyage exceptionnel avec les enfants²⁷. Par contre, la jurisprudence a tendance à maintenir le plus possible les contacts avec un parent détenu²⁸ et à éviter de l'exclure de l'exercice de l'autorité parentale. La question demeure ici évidemment de savoir à partir de quand une insistance forte sur l'égalité entre les parents risque de s'avérer préjudiciable à l'enfant privé de vacances ou d'une chambre individuelle qui, à son tour, apparaîtrait comme le « faible » au détriment de celui qui, comparativement, demeure plus « fort » que lui. La mission du juge s'avère, ici également, fort délicate et s'apparente à celle d'un équilibriste devant jauger les intérêts des différents protagonistes (sans jamais oublier la primauté – parfois relative – de celui de l'enfant).

²⁵ Opinions de magistrats recensées in M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., n°s 1166 et s.

²⁶ Voy. Trib. jeun. Liège (15^e ch.), 31 octobre 2007, n° dossier 07/937/1, rép. 1890, inédit, cité *ibid.*, n°s 1128 et 1130 ; la décision, qui demeure assez radicale, s'appuyait notamment sur le fait que le terrain où la caravane était stationnée, était venu et que le parent concerné n'avait pas (encore) de nouvelles perspectives de logement. L'hébergement en caravane n'est par ailleurs pas systématiquement refusé par les juridictions de la Cité ardente (Réf. Liège, 20 septembre 2007, n° rôle 07/630/C, rép. 07/19467, inédit, cité *ibid.*, n°s 1128 et 1129).

²⁷ Liège (16^e ch.), 20 mai 2014, 2009/JE/243, inédit, cité in M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », op. cit., p. 425 ; Mons (33^e ch. fam.), 29 avril 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 192. Certains de ces magistrats – mais pas tous – refuseraient toutefois cette autorisation s'il s'avérait que le parent « nanti » avait réservé ce voyage en sachant parfaitement qu'il empiéterait sur la période d'hébergement de l'autre.

²⁸ Opinions de magistrats recensées in M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., n°s 821, 822 et 828.

Troisièmement et enfin, il est permis de se demander si la liberté d'appréciation laissée au juge, qui demeure large en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant, risque, elle aussi, de bénéficier *in fine* au parent dont la personnalité, les conceptions éducatives ou le profil sociologique se trouvent le plus proche de celle(s)/celui du magistrat. En élaborant des locutions dites « ouvertes », comme celle de l'intérêt de l'enfant, le législateur a confié aux juges le soin d'y donner un contenu et de réceptionner des normes métajuridiques. Certains accusent l'institution judiciaire d'être la gardienne de la société bourgeoise, en statuant conformément à des standards « bourgeois » ce qui, dans les contentieux familiaux, risquerait de porter préjudice au parent dont les revendications y correspondraient moins. D'autres s'inquiètent de ce que les juges pourraient, même inconsciemment, se laisser influencer par des paramètres comme l'appartenance ethnique des justiciables, leurs convictions personnelles, leurs milieux sociaux, leurs styles vestimentaires, etc. Certes, cette interrogation se situe, sur le plan méthodologique, dans l'angle mort du champ de vision du juriste qui, à l'instar des juridictions suprêmes chargées de vérifier la légalité des décisions, est censé se cantonner à l'examen des motifs repris expressément dans les jugements et arrêts. L'importance de cette question du motif sous-jacent n'en demeure pas moins essentielle dans une société démocratique. En effet, des études en psychologie sociale réalisées outre-Atlantique ont, par exemple, révélé que des juridictions floridiennes tendent à se montrer potentiellement (et inconsciemment) plus sévères envers des individus qui présentent certains traits physiques associés à une ethnie ou à une origine déterminée²⁹. Une telle situation, si elle venait également à être constatée devant les juridictions belges et familiales, s'avérerait évidemment très préjudiciable à l'égard de certains parents ainsi mis en position de « faiblesse ». Elle ne pourrait d'autant moins laisser le juriste indifférent que les mêmes études indiquent que ces discriminations ont tendance à s'estomper lorsque les juges en sont conscientisés³⁰.

²⁹ Une de ces études montre que, certes, les juridictions pénales floridiennes ne se révèlent *in se* pas plus sévères avec les Noirs qu'avec les Blancs, mais en même temps que la présence de traits physiques qui seraient typiquement associés à des personnes originaires d'Afrique noire (peau plus foncée, lèvres plus épaisses, nez plus large, etc.) les influence dans le sens d'une plus grande sévérité des peines (W. PIZZI, I. BLAIR et C. JUDD, « Discrimination in sentencing on the basis of afrocentric features », *Michigan Journal of Race and Law*, 2005, spéc. pp. 331 et 352). À notre connaissance, il n'existe pas d'étude similaire concernant la justice civile familiale relative à l'autorité parentale et l'hébergement. Bien évidemment, le facteur de l'apparence ethnique est mis en avant ici à titre d'exemple et pourrait sans doute être remplacé par bien d'autres comme le genre, l'âge, le milieu social, le niveau d'instruction, les convictions politiques ou religieuses, etc.

³⁰ W. PIZZI, I. BLAIR et C. JUDD, « Discrimination in sentencing on the basis of afrocentric features », *op. cit.* Voy. aussi, pour sortir de l'exemple de l'apparence ethnique, l'expérience

Conclusion

Les points évoqués dans la présente, modeste, contribution ne constituent rien de plus que des pistes de réflexion. Il semble néanmoins en ressortir qu'il peut exister, devant les juridictions familiales, des « rapports de force », plus au moins favorables aux uns et défavorables aux autres. Ainsi, deux pistes nous semblent devoir être envisagées en vue d'assurer une plus grande protection des plus fragiles lors des contentieux familiaux.

Premièrement, comme l'écrit Jacques Fierens, « entendre ce que les [« faibles »] ont à dire supposera qu'ils aient un langage pour se dire, pour dire autrui, pour dire le monde [...] »³¹. La justice familiale ne devrait pouvoir faire l'économie d'une révolution copernicienne au terme de laquelle ce ne seraient plus les certitudes des juges, des adultes et de la société qui primeraient, mais la parole et les besoins de ceux qui ont droit à ce qu'elle leur soit « rendue ». Une telle révolution semble cependant nécessiter un accroissement significatif du temps consacré par les juges à chaque cause et donc une réévaluation – à la hausse – des moyens humains et financiers mis à disposition de la justice par le monde politique.

Deuxièmement, l'amélioration de la justice familiale ne devrait plus demeurer l'apanage des juristes, mais gagnerait à revêtir une dimension interdisciplinaire, dans laquelle ceux-ci garderaient toute leur place. Avec leurs collègues sociologues, psychologues, philosophes, anthropologues et politologues, ils pourraient mettre davantage en commun de leurs analyses, constats et diagnostics à propos du fonctionnement de la justice (familiale) et de la place des plus fragiles.

Gageons et espérons que les nombreuses contributions passées, actuelles et futures du Professeur Jacques Fierens, en tant que scientifique, auteur et avocat, continueront de nourrir cette réflexion d'importance vitale dans une société démocratique, aujourd'hui trop souvent marquée par l'individualisme, par le nombrilisme identitaire et, *in fine*, par la loi du plus fort.

à propos de l'intelligence supposée d'un enfant et de son milieu social citée par J.-P. LEYENS et V. YZERBYT, *Psychologie sociale*, Sprimont, Mardaga, 1997, p. 65.

³¹ J. FIERENS, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, op. cit., p. 425.